**STJSL-S.J. – S.D. Nº 038/20.-**

--En la Provincia de San Luis, **a doce días del mes de marzo de dos mil veinte**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“INCIDENTE RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: ARIAS ISAIAS JOEL - AV ROBO CALIFICADO”*** –IURIX INC Nº 208674/2.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CARLOS ALBERTO COBO, LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del C.P. Crim.?

III) Caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1) Que en fecha 10/06/19 el abogado defensor del imputado en autos interpone por ESCEXT Nº 11814903 recurso de casación, contra la resolución interlocutoria Nº 106 dictada en los autos principales “ARIAS ISAIAS JOEL - AV ROBO CALIFICADO" - PEX 208674/17, en fecha 06/06/19 (Actuación Nº 11786916), por la Excma. Cámara del Crimen Nº 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, que resolvió no hacer lugar al beneficio de suspensión de juicio a prueba solicitado a favor de ISAIAS JOEL ARIAS por expresa oposición del Señor Fiscal de Cámara debidamente fundada.

Que en fecha 25/06/19, por ESCEXT Nº 11922290, acompaña los fundamentos del mismo, en donde sostiene que el auto interlocutorio atacado es equiparable a sentencia definitiva, y que el recurso se funda en que no se ha aplicado correctamente el art. 76 bis del C. Penal, haciendo una interpretación errónea del mismo.

Destaca que la mayoría de los Tribunales del país se enrola en la tesis amplia que exige una ponderación acerca de si la hipotética pena que en concreto habría de aplicarse al imputado, en caso de condena, sería o no mayor a tres años de prisión, y que se den todas las circunstancias previstas en el artículo 26 del Código Penal para la suspensión del cumplimiento de la pena. Que dicha postura deriva del precedente “Acosta” de la Corte Suprema de Justicia en donde se fija un criterio amplio respecto a este Instituto, que es fruto de las nuevas tendencias sobre la función del derecho penal y política criminal proclives a la aplicación irrestricta del principio “pro- homini”, conforme lo aconsejan los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman a partir de la reforma constitucional del año 1994 el bloque de constitucionalidad federal.

Expone que en esa inteligencia, sostienen que debe estarse a la pena que en concreto podría caberle al imputado en caso que recaiga sobre él una condena de ejecución condicional que estimen probable no superara los tres años de prisión. Que en esa tesitura, corresponde acordar el beneficio a su defendido, por cuanto en un análisis a priori le puede corresponder la aplicación de una condena en suspenso por el delito por el que viene acusado.

Luego expone que a tenor de la letra del primer párrafo del art. 76 bis, se abrió camino una “tesis restrictiva” que sostiene que únicamente podría aplicarse el instituto a quien se le impute delitos de acción pública reprimidos con pena cuyo máximo no exceda de tres años de prisión o reclusión. A ello se respondió con la denominada “tesis **amplia**” o “doble **vía”** que posibilitó su aplicación también a ciertos “delitos graves”, sancionados con penas superiores a los 3 años de prisión o reclusión, y que esta tesis es seguida por la mayoría de los órganos de justicia provinciales.

Destaca que en sintonía con ello, la interpretación del primer párrafo del art. 76 bis indica que se toma la pena en concreto que pudiera corresponderle al incriminado y no la pena en abstracto.

Expresa que su defendido no cuenta con antecedentes penales de ningún tipo, y que no concurre ninguna de las circunstancias que impidan la concesión del beneficio solicitado y más teniendo en cuenta el pedido de pena de la Sra. Agente Fiscal y la posibilidad que brinda el apartado 4º del art. 76 bis., ya mencionado.

Manifiesta que las mismas limitaciones que tiene el tribunal encargado de conceder o denegar *la probation* (introducirse en “las características del hecho” para evitar un pronunciamiento sobre cuestiones que aun no han sido sometidas al conocimiento jurisdiccional que desembocarla en un prejuzgamiento de base irregular) deben ser trasladados al Ministerio Publico Fiscal. Es decir, mal podría la Fiscalía emitir un dictamen oponiéndose al progreso de *la probation,* tomando en consideración para ello las aludidas características del hecho, si en definitiva el órgano jurisdiccional se encontrara impedido de mensurarlo. Formula reserva de caso federal.

2) Formado el presente incidente, y corrido el traslado de rigor, en fecha 29/07/19, por actuación Nº 12070119, el Sr. Fiscal de Cámara Nº 2 contesta el mismo y solicita el rechazo del recurso, por considerar que no hay sentencia definitiva, citando doctrina y jurisprudencia de este Alto Tribunal.

3) Que en fecha 19/09/19, por actuación Nº 12528921, dictamina el Sr. Procurador General, quien opina que debe ser rechazado el recurso intentado, en virtud de los fundamentos que allí expone y que tengo por reproducidos.

4) Que surge de las constancias de la causa, que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término, encontrándose eximido el recurrente de abonar el depósito establecido, de acuerdo a lo contemplado por el art. 431 del C.P. Crim.

Sin embargo se advierte, que no se cumple con la exigencia prevista en el art. 426 C.P. Crim., que establece como requisito insoslayable, de procedencia de la vía de excepción intentada, que: *“El recurso procederá contra sentencias o resoluciones definitivas en las Cámaras de Apelaciones”*.

En la especie, surge que la resolución impugnada (resolución interlocutoria Nº 106 de fecha 06/06/19) no reviste el carácter de sentencia definitiva, es decir, no resuelve sobre el fondo del pleito, ni hace imposible su continuación, terminando la controversia sin que sea posible renovarla.

Cabe recordar, que tratándose el presente de un recurso de carácter excepcional, debe extremarse el concepto de sentencia definitiva. Al respecto, este Superior Tribunal ha venido sosteniendo que: *“... para la procedencia del recurso en cuestión es necesario que la decisión cuestionada sea una sentencia definitiva es decir, la que dirime el fondo del pleito, la que declara la voluntad de la ley, terminando la controversia sin que sea posible renovarla y que, de quedar firme, producirá cosa juzgada” .*(STJSL Nº 71/07 “Novillo, Rubén Darío y otros – Av. Robo Reiterado - Recurso de Casación”, 22-11-07).

En mérito a ello y conforme lo invariablemente sostenido por este Alto Cuerpo, *“...en materia criminal como la que se trata, solo produce sentencia definitiva o resuelve cuestión constitucional el auto de sobreseimiento y la sentencia definitiva y auto fundado que dispone no instruir sumario por inexistencia del delito o causal impeditiva o extintiva de la acción penal”* (S.T.J.S.L. “Fernández José y Otros – Administ. Fraudulenta - Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad”, 19-12-06).

*“... las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen la calidad de sentencia definitiva ni resultan equiparables a aquélla, salvo que su aplicación pudiera provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior”* (SCBA, 27/10/2004, “I., N. F. s/ Lesiones graves”, Causa P83644, en http://[www.scba.gov.ar/home.asp](http://www.scba.gov.ar/home.asp), JUBA sumario B68910; en igual sentido STJSL Nº 45/08 “Figueroa, Alberto Carlos y Martínez Fernández, Daniel Enrique – Homicidio Calificado – Recurso de Queja”, 19-02-08).

Con relación a la sentencia que deniega el beneficio de la probation, se ha dicho que: “*Tal criterio es el mantenido por el Superior Tribunal en innumerables precedentes en los que resolvió: “el resolutorio que deniega la suspensión del juicio a prueba (probation) no es sentencia definitiva”.* (Cfr. entre muchos otros: STJSL-S.J.N° 173/11.- “BARROSO, JESÚS ADOLFO – RECURSO DE CASACIÓN” Expte. Nº 31-B-08 -TRAMIX PEX N° 99827, del 30/11/2011; STJSL-S.J.N° 29/12.-, “RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: “ALBORNOZ MARIO SERGIO – DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL” Expte. Nº 46-I-11 - TRAMIX INC. N° 66403/2, del 02/05/2012, STJSL-S.J. – S.D. N° 091/14.- “INCIDENTE DE RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: IMP. GIL JOSÉ ANTONIO y FUNES ARIEL ALEJANDRO – DAMN. ESCOBARES, MARINA KARIM – AV. ROBO CALIFICADO CON USO DE ARMA (Dr. SALA).” Expte. Nº 63-I-2013 – IURIX INC. Nº 78420/4, del 7/08/2014; STJSL-S.J. – S.D. Nº 015/16.- “INTERPONE RECURSO DE CASACIÓN Dr. SALA EN AUTOS: “MIRANDA, WALTER RUBÉN (IMP.) - FERNÁNDEZ PASCUAL CASSANDRA (DAM.) - HOMICIDIO CULPOSO” - IURIX INC. Nº 132772/4, sent. del 11/02/2016; STJSL-S.J. – S.D. Nº 003/15, “ROMERO, RAMÓN RUFINO s/ HOMICIDIO CULPOSO s/ APELACIÓN - RECURSO DE CASACIÓN.” IURIX PEX Nº 69527/9, sent. del 19/02/2015; STJSL-S.J. – S.D. Nº 133/17.- “PEREIRA JORGE RODOLFO s/ ESTAFA DEFRAUDACIÓN - JUICIO ORAL - RECURSO DE CASACIÓN” – IURIX PEX N° 78568/10, del 16/11/2017; STJSL-S.J. – S.D. Nº 131/17.- “RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: ALBORNOZ, WALTER OSCAR (IMP) – ALCARÁZ, IVANA ANDREA (DEN) “AV. HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA” – IURIX INC Nº 138380/2, sent. Del 16/11/2017; STJSL-S.J. – S.D. Nº 153/17.- “RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: "PÁEZ GABRIEL OSVALDO – CÓRDOBA CLAUDIA DEL VALLE - AV. ROBO CALIF. EN GRADO DE TENTATIVA”” – IURIX PEX INC. Nº 69139/2, del 13/12/2017).” (STJSL-S.J. – S.D. Nº 222/18 de fecha 24/10/18 en los autos “ROVIRA ERIC YAMIL - FONTANARI LEONARDO NICOLÁS (MENOR) - RODRÍGUEZ EMANUEL HUMBERTO (MENOR) - REAL KEVIN NAHUEL (MENOR) - AV ROBO CALIFICADO - RECURSO DE CASACIÓN” -IURIX PEX N° 191973/16)

Por otra parte corresponde señalar que en fecha 21/05/19, por actuación Nº 11638530, el Sr. Fiscal de Cámara Nº 2 se opuso a la concesión del beneficio por considerar que: *“En el caso concreto de autos es necesario considerar que el imputado viene acusado por el delito de ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA Y POR LAS LESIONES GRAVES OCASIONADAS EN GRADO DE TENTATIVA, esto resulta de una entidad relevante y teniendo en cuenta la pena del delito que se le endilga resulta improcedente la concesión del beneficio.”*

Se ha sostenido que: *“el consentimiento fiscal para la suspensión del proceso a prueba exigido por la norma de fondo (art. 76 bis, cuarto párrafo del Código Penal), no constituye un mero dictamen sobre la procedencia del instituto, y, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad, la oposición fundada de quien es el exclusivo ejecutor de la acción pública resulta para el juzgador vinculante, ya que sin la aprobación del fiscal “no podrá, en ningún caso, concederse la suspensión del juicio*” (OLAZABAL, Julio de; “Suspensión del Proceso a Prueba”, Editorial Astrea, 1994, pág. 75), criterio éste que fuera sustentado en el Plenario “Zalazar” (J.A. 1999-I, pág. 553).

Dicho dictamen fiscal debe superar el control de legalidad y logicidad necesario, explicando suficientemente cuáles son las razones que lo llevan a oponerse a la concesión de la *probation* del imputado. Así, se ha sostenido que: “*El presupuesto procesal de consentimiento de la fiscalía reposa en la naturaleza misma de la suspensión del proceso a prueba. Se trata de un instituto que está íntimamente vinculado con el principio procesal de oportunidad. Este principio da caída a la confrontación con el principio de legalidad de la persecución penal […], que lleva a limitaciones de persecución guiadas por criterios de política criminal […]”*

“*El consentimiento de la fiscalía es el resultado de la evaluación de la necesidad político criminal de llevar adelante el ejercicio de la acción cuando no existen a la mano mejores alternativas para la solución No corresponde esa evaluación a los jueces [quienes no tenían] jurisdicción para abordar apreciaciones sobre las modalidades del hecho, y sobre su gravedad […]. Ello es así porque la definición de la pretensión de condena y de la magnitud de pena es privativa de la fiscalía…”* (voto concurrente del juez García). Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 1. “SC y otros”. Causa Nº 29.443/2011. Reg. Nº 759/2016. 29/9/2016) (En [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2017.05.%20Probation%20(CFCP).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2017.05.%20Probation%20%28CFCP%29.pdf), acceso 20/02/20).

Con igual criterio se ha expresado la doctrina. En la obra *“La Probation en el Código Penal Argentino*”, de Carlos Edward, de. Córdoba, 2da. Edición, páginas 57/58 se dice que: *“Para la procedencia de la probation el art. 76 bis del Código penal requiere el consentimiento del fiscal. Ello resulta lógico en un sistema procesal acusatorio en el cual el fiscal es el titular de la acción penal.....en realidad, lo que el fiscal debe manifestar por medio de su dictamen, efectuando una interpretación sistemática de este canon, es si se verifican todos los presupuestos establecidos por la ley para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba”.*

En mismo sentido, Eleonora A. Devoto, en la obra *“Probation e Institutos análogos”,* de Hamurabi, 2da. Edición, actualizada y ampliada”, pág. 198/199, dice que: “*La aquiescencia fiscal aparece en la ley en el cuarto párrafo del art. 76 bis, y ello ha conducido a Saenz a considerar que sólo es requisito su asentimiento en las causas graves. Sin embargo creemos que no es posible proceder a la suspensión del juicio a prueba sin consentimiento fiscal, en la medida en que la paralización implica preponderantemente una excepción al principio de irrectractibilidad de la acción penal, la que pertenece al Ministerio Público...En este sentido, nótese que la Cámara Nacional de Casación Penal-curiosamente preocupada por el resguardo de la titularidad de la acción—ha afirmado que...toda vez que la suspensión del juicio a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el Tribunal—que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio—tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio…(Esto último en referencia al fallo de ésa, Sala l-04-12-97 “Asenjo”, reg. 1938)...”.*

En consecuencia, conforme las razones precedentemente brindadas, considero que la resolución en crisis resulta ajustada a derecho, pues la denegatoria objetada cuenta con sustento legal en el art. 76 bis, 4º párrafo del C.P. Por lo que voto negativamente a esta primera cuestión.

Por lo expuesto, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Conforme se ha votado la cuestión anterior, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA** **CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Atento a la forma en que se han votado las cuestiones anteriores, corresponde el rechazo del recurso de casación y sus fundamentos, interpuesto por la defensa del imputado Isaías Joel Arias, por ser formalmente inadmisible. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Costas al vencido. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, doce de marzo de dos mil veinte.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación y sus fundamentos, interpuesto por la defensa del imputado Isaías Joel Arias, por ser formalmente inadmisible.

II) Costas al vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*